

La legitimación hegeliana de la pena

Esteban MIZRAHI

Recibido: 3 de marzo de 2004

Aceptado: 12 de mayo de 2004

Resumen

En este trabajo intento demostrar que en la teoría hegeliana de la pena, la experiencia de lo ilícito es determinante para que el concepto de derecho adquiriera la característica de ser coactivo. Dicha experiencia revela la impotencia de un marco jurídico racional establecido a priori según principios morales para regir las conductas de los hombres. Esto conduce a la consideración de las condiciones necesarias para la vigencia efectiva de un estado de derecho. El desarrollo consta de cuatro partes. En la primera, se procede a la determinación del concepto de ilícito como una mediación que permite la transición hacia el derecho positivo. Asimismo, se expone la clasificación hegeliana de las acciones ilícitas a partir de una analogía con los juicios de existencia. A propósito de ello se explica por qué el delito es entendido como un juicio infinito en su forma negativa. En la segunda, se expone la fundamentación hegeliana de la pena como contracara del delito y como un derecho del criminal. La pena expresa en su realidad efectiva la nulidad esencial del acto delictivo. En la tercera, se evalúa la posición de Hegel frente a otras teorías rivales del castigo y se muestra que uno de sus valores más importantes consiste en desenvolverse dentro de la especificidad de lo jurídico. Por último, se muestra cómo la experiencia de lo ilícito pone de relieve la necesaria constitución ética de los sujetos de derecho y exige el marco del Estado como órgano que encarne legítimamente el derecho coactivo.

Palabras claves: Hegel, pena, derecho, legitimidad, ilícito, constitución, Estado, ley, justificación, utilitarismo, retribucionismo, criminal, institución, experiencia, comportamiento humano, estado de derecho.

Abstract

This paper intends to show that the experience of the illicit (*Unrecht*) plays in Hegel's theory of punishment the fundamental role of turning "abstract Right" into "positive Right". Such experience shows the powerlessness of a priori established and rational Constitutions -based in moral principles- which aim to order human behaviour. This conducts us to consider the necessary conditions required to ground the modern rule of law. The essay is divided into four sections. In section one I examine Hegel's notion of illicit and several types of actions that exemplify it. In section two I reconstruct Hegel's justification of punishment. In section three I evaluate Hegel's attitude towards other theories of punishment (utilitarianism, retributivism, etc.). Finally, in section four, I examine how the experience of the illicit exposes the requirements to build the State as that institution which is legitimated to embody positive Right.

Keywords: Hegel, punishment, right, legitimacy, illicit, constitution, state, law, justification, utilitarianism, retributivism, criminal, institution, experience, human behaviour, rule of law.

1. Introducción

En los párrafos §82 a §103 de la *Filosofía del derecho*, Hegel realiza un análisis sistemático del concepto de *ilícito* (*Unrecht*) y con ello concluye el apartado "Derecho Abstracto", esto es, la sección en la que se desarrollan la mayoría de los tópicos correspondientes al derecho privado moderno. Un examen del concepto moderno de *derecho* seguido de un análisis pormenorizado de sus formas de negación puede ser interpretado como una derivación lógica, propia de todo desarrollo sistemático exhaustivo. Sin embargo, este tratamiento adquiere singular relevancia si desde una perspectiva fenomenológica se atiende a la posición relativa que ocupa dentro de la esfera discursiva en que está inserto. En tanto lo ilícito es presentado como el último momento del "Derecho Abstracto" expresa respecto de este campo teórico su "verdad".

Esta tesis, auténticamente hegeliana, no debe ser interpretada ni como una suerte de desenmascaramiento ideológico de lo jurídico, ni como la constatación de una contradicción lógica oculta en los términos del planteo. Por el contrario, se trata de la afirmación teórica fuerte de que tanto el fenómeno como la experiencia de lo *ilícito* constituyen y dan fundamento a una racionalidad propiamente jurídica. Para probar su plausibilidad ha de señalarse a continuación cómo la experiencia de lo ilícito se constituye en el momento fundacional de lo jurídico al establecer como

característica intrínseca del concepto de *derecho* la determinación de ser coactivo. Este fenómeno revela la impotencia de un marco jurídico racional fijado *a priori* según principios morales para regir las conductas de los hombres y obliga a tomar en consideración cuáles son las condiciones necesarias para la vigencia efectiva de un *estado de derecho*.

2. Lo ilícito: su determinación y clasificación

Según se expone en la *Enciclopedia* de 1830, el *espíritu libre* (*freier Geist*) abandona la esfera del *espíritu subjetivo* para introducirse en el reino de la objetividad cuando surge el *derecho* como cristalización de un plexo de relaciones intersubjetivas fundadas sobre el reconocimiento recíproco y elevado a universalidad con la categoría jurídica de *persona* (Siep 1979, p. 21; Westphal 1993, p. 244 ss). Esta objetividad, que gira en torno a la figura del *contrato* y que permite deslindar el *derecho* en cuanto tal, del derecho de los particulares sobre esta o aquella cosa, es sólo aparente y abstracta, vale decir, *supuesta*. Para que cobre vigencia, y entre en funcionamiento una lógica de acción específicamente jurídica, es necesario que esta objetividad asumida sea cuestionada en cuanto tal. El requerimiento que su negación instaura es el de una racionalidad normativa, distinta de la religión y de la moral, que permita la restitución (*Wiederherstellung*) del orden jurídico violado. La pena (*Strafe*) será el medio que permita la reconciliación (*Versöhnung*) consigo misma de esta objetividad lesionada. Sólo de esta manera gana el concepto de *derecho* su condición de órgano que regula efectivamente las relaciones intersubjetivas. En tal sentido, el Hegel maduro retoma esta tesis expuesta por primera vez en su *Filosofía real* de Jena deja atrás sus convicciones de *El espíritu del cristianismo y su destino* dónde la religión y el amor eran tenidos como los medios adecuados para efectuar la reconciliación (Primoratz 1986, p. 54).

Hegel entiende, entonces, que para que el *derecho* deje de ser *abstracto* y adquiera como determinación esencial de su concepto la característica de ser coactivo (*Zwangsrecht*) es necesario atravesar primero la experiencia de lo *ilícito* (más precisamente del delito) y de su supresión. Desde esta perspectiva resulta impropio la metodología seguida por Kant en la *Metafísica de las costumbres* en tanto allí presenta al *derecho* como un concepto puro *a priori* ligado a la facultad de coaccionar (*MS* §D “Introducción a la doctrina del derecho” p. 338). Hegel sostiene, por el contrario, que “definir de antemano al derecho abstracto o estricto como un *derecho*, al que podría obligarse, quiere decir concebirlo a través de una consecuencia suya, que surge recién mediante el rodeo de lo ilícito” (*GPhR* §94A p.180). Es necesario mostrar primero cómo se constituye esta determinación de su concepto a partir de la experiencia misma de lo *ilícito*, para que recién después de

su supresión se determine como efectivamente vinculado a la facultad de coaccionar.

Esta es la razón por la cual el examen del concepto moderno de *derecho* concluye con el análisis de sus formas de negación: porque la restitución del derecho lesionado expresa, a la vez que constituye, la verdad de lo jurídico, en tanto sistema de acción con una lógica propia, diferenciada de otros sistemas normativos.¹

Para establecer un criterio conceptual claro que permita determinar la clasificación más amplia de las acciones ilícitas, Hegel se vale de una analogía con las formas del juicio de existencia (*Urteil des Daseins*). Según explica en la *Ciencia de la lógica*, en la primera parte del segundo capítulo de la lógica subjetiva dedicado al examen del juicio, el juicio de existencia puede ser: positivo, negativo o infinito.² Hegel sostiene que “la primera expresión pura del juicio positivo es la proposición *lo particular es universal*” (*WL II*, p. 61). En tal sentido, la *propiedad* (*Eigentum*) es considerada como un *juicio positivo* en el que se subsume lo particular de la cosa bajo lo universal de la voluntad (*PhPr* §8 p.236). A partir de allí es posible identificar dos grandes grupos de acciones ilícitas: las que responden a la forma del *juicio negativo* y las que lo hacen a la forma del *juicio infinito*. Las primeras se encuadran en el marco del derecho civil y las segundas son las propias del derecho penal. Cabe observar que ya en la tercera parte del *Sistema de la eticidad* de Jena, bajo el apartado “El segundo sistema del gobierno. El sistema de justicia”, Hegel diferencia el ámbito de la justicia civil (*bürgerliche Rechtspflege*) del ámbito de la penal (*peinliche Rechtspflege*), según si las acciones a subsumir constituyen una negación del derecho meramente ideal o real. En el primer caso, se reconoce la capacidad jurídica del otro, mientras que en el segundo, no (*SS*, p. 89).

Esta última distinción es retomada en la *Ciencia de la lógica*, precisamente, para ejemplificar la diferencia entre un juicio negativo y uno infinito (*WL II*, p. 70). Por medio de un *juicio negativo* no se niega la universalidad en cuanto tal: en el predicado se niega tan sólo la particularidad de una determinación. Al respecto, Hegel explica en *Propedéutica* que, “por ejemplo, si juzgo: *esta estufa no es verde*, entonces niego únicamente el predicado de estar colorida así y así, no empero lo universal” (*PhPr* p. 242). Del mismo modo, cuando digo: “esta cosa no es tuya” [sino mía], no niego con ello la universalidad de la *persona*, es decir, el *derecho* como tal, sino sólo la subsumción de esta cosa particular bajo aquella voluntad. Pero el *derecho* del otro a ser propietario no aparece cuestionado. Esto da lugar a los litigios jurídicos donde dos o más voluntades se disputan la propiedad de esta o aquella cosa (*VRph* 18/19 §44 p.234 y *GPhR* §85 p.175). La esfera del derecho civil queda

¹ *GPhR* §§ 93 y 94, 97, 98, 100Z, 104, 220; *VRph* vol. 1, pp.275-277; vol. 2, p. 359; vol. 3, p. 294, p. 310, p. 324, p. 326; vol. 4, pp. 281-285.

² Para el tratamiento detallado de las formas de *juicio positivo, negativo o infinito*: *WL II*, pp. 59-70.

delimitada como el ámbito de disputas que necesariamente tiene lugar porque, aunque el *derecho* sea en cuanto tal reconocido, qué es *de derecho* queda librado, sin embargo, a las opiniones de los particulares. Esto último acarrea la contingencia de que frecuentemente sea considerado lo *ilícito* por lícito y viceversa. Por tal motivo, para dirimir el conflicto entre las partes es necesario un tercero que oficie de juez. Ser *juez* significa para Hegel atender tan sólo al punto de vista de la voluntad universal y decidir de manera imparcial conforme a ella (*VRph* 17/18 §40 p.65). Pero el juez es solicitado y su punto de vista reconocido, sólo porque no está en el arbitrio de los litigantes negar el *derecho* en su universalidad.

Distinto es el caso del derecho penal. Hegel compara el tipo de acción ilícita propia de esta esfera con el *juicio infinito*, es decir, con aquella forma judicativa en la que se niega en el predicado no sólo la particularidad del contenido sino también toda su extensión, es decir, su universalidad (*GPhR* §95 pp.181-182). Hegel distingue una forma positiva y otra negativa de juicios infinitos. Un ejemplo de su forma positiva son las tautologías que, pese a ser coherentes, encierran el contrasentido de destruir aquello en que consiste un juicio, esto es, la determinación del sujeto en el predicado. Lo mismo ocurre con la forma negativa del juicio infinito, cuyos ejemplos más usuales son del tipo “la rosa no es un elefante, el entendimiento no es una mesa” y cuyo “ejemplo más real es la mala acción (*böse Handlung*)” (*WL* II, pp. 69-70). En efecto, las acciones ilícitas que merecen sanción penal son aquellas en que ha sido negada la universalidad de la *persona*, es decir, el derecho en cuanto derecho (*PhPr* p. 242).

Hegel pone de manifiesto el carácter paradójico de este tipo de acciones, pues para negar la *persona* como tal, primero hay que serlo. Sólo una *persona* posee capacidad jurídica y es esto, precisamente, lo que la habilita para violar sin más el *derecho* de otra. Por tanto, las acciones ilícitas de las que se hace cargo el derecho penal tienen este peculiar carácter contradictorio: niegan aquello que afirman. Porque la negación del *derecho* confirma doblemente la condición de *persona*, tanto de *quien niega* como de *quien es negado* en su condición de tal.

Por otro lado, Hegel distingue dos clases de acciones de este tipo según el *derecho* sea considerado por el sujeto del ilícito sólo como aparente, o bien sea lisa y llanamente negado por él (*GPhR* §83 pp.173-174). A las acciones del primer grupo se las denomina *fraude* (*Betrug*) porque el sujeto reconoce y respeta las *formas* jurídicas pese a negar la universalidad de la *persona* (*GPhR* §83 pp.173-174). A las acciones del segundo grupo, por el contrario, se las llama con propiedad *delito* (*Verbrechen*). Aquí el sujeto que lleva a cabo el ilícito pretende desconocer por completo al otro en su condición de *persona*, haciendo uso de la violencia (*Gewalt*) y la coacción (*Zwang*) para doblegar su voluntad. Clara Cordua enfatiza que la presencia de la coacción, fuerza o violencia es aquello que permite distinguir el concepto de *delito* (*Verbrechen*, *Vergehen*) de la noción más abarcadora de *ilícito*

(*Unrecht*) (Cordua 1994, p.125). Su acción lesiona al *derecho* en cuanto tal, tanto en su dimensión objetiva como subjetiva, porque el *delincuente* (*Verbrecher*) tampoco respeta la forma que su apariencia asume frente a él como arbitrio (*GPhR* §90Z p.178). Esto último, constituye la diferencia específica entre el *delito* y el *fraude*, y es lo que propiamente debe ser considerado un *ilícito*.

El telón de fondo sobre el que se monta la escena de la acción delictiva es el conflicto entre la determinación de la voluntad en cuanto *subjetiva* y al mismo tiempo como *objetividad*. En cuanto subjetiva, la voluntad se determina atendiendo sólo al arbitrio del sujeto. Todo aquello que escapa a la esfera de su individualidad es considerado por él como ajeno y exterior. Cuando se comete un delito, el sujeto que lo lleva a cabo cree operar sobre la pura exterioridad, es decir, sobre algo que a él no le concierne. Obrando de este modo también afirma la libertad de su voluntad. En efecto, el delito implica un aspecto liberador: prueba que las leyes del *derecho* obligan de otra manera que las leyes naturales, que su universalidad y necesidad operan de modo diverso a la ciega causalidad que gobierna la naturaleza (*PhPr* pp.241-242). El delito demuestra de manera indirecta que para que una ley jurídica norme la conducta de los hombres ésta tiene primero que ser querida. Por esta razón, la segunda parte del *Sistema de la eticidad* se titula: *Lo negativo o la libertad o el delito*, con lo cual el delito queda equiparado con la negatividad y la libertad.

Sin embargo, la exterioridad sobre la que el sujeto del delito ejerce su acción es sólo aparente: “inmediatamente el delincuente (*Verbrecher*) también se lesionó (*verletzen*) y suprimió (*aufheben*) a sí mismo de un modo ideal, en aquello que lesiona como algo extraño a él y aparentemente exterior” (*SS* p.41). Porque su actuar es esencialmente una exteriorización de la voluntad que niega la existencia exterior de la voluntad, negándose por tanto a sí misma (*GPhR* §92 p.179). Se trata de una persona que niega la existencia de la *persona* (en la figura del otro). Aquí se revela lo que para Hegel constituye el carácter íntimamente nulo de la acción delictiva, esto es, la pretensión de eliminar el *derecho* que en cuanto tal no puede ser eliminado, pues hunde sus raíces en la libertad de la voluntad (*GPhR* §§91-92 pp.178-179 y §97Z p.186).

El derecho es concebido por Hegel como un sistema social diferenciado y autorreferente, cuya clave de bóveda es el reconocimiento universal de la libertad de la voluntad expresado con la categoría de persona. Que este sistema sea autorreferente significa que sólo pueden ser considerados actos jurídicos aquellos imputables a un sujeto de derecho. Esto excluye de plano la posibilidad de que el ordenamiento jurídico sea impugnado por algún agente distinto de carácter natural o artificial. Por tanto, la negación del *derecho* presupone necesariamente la existencia del *derecho* y esto muestra la nulidad de la acción delictiva. Dicho de otro modo, esta acción pone al descubierto la unilateralidad de la voluntad individual y subjetiva que hace

caso omiso de la objetividad que su existencia misma supone. Este modo de obrar se revela como autocontradictorio, pues la objetividad, en tanto exteriorización de la universalidad de la voluntad, es la condición de posibilidad de la voluntad del sujeto que delinque.

En consecuencia, para que la objetividad de la voluntad, es decir, el *derecho*, deje de ser algo tan sólo *supuesto* y devenga *efectivo*, es menester que tenga lugar la supresión de aquello que lo niega. La pena (*Strafe*) resulta ser la manifestación del carácter íntimamente nulo de la acción delictiva (*GPhR* §97 p.185 y *VRph* 18/19 §53 p.237).

3. Fundamentación de la pena

Es posible distinguir dos estrategias argumentativas diversas aunque complementarias en la justificación hegeliana de la pena. Una parte de la consideración del delincuente como un ser racional que con el delito instituye una ley, resultante de la universalización de la máxima que guía su acción; la otra, gira en torno al concepto de reconocimiento intersubjetivo, en tanto momento constitutivo de la categoría jurídica de persona. Igor Primoratz habla de una “justificación objetiva” y una “justificación subjetiva”, Kurt Seelmann menciona el “argumento de la pérdida de reconocimiento” y el “argumento de autosubsumción”, mientras que Paolo Becchi refiere al “argumento del reconocimiento” y al “argumento de la ley”. Pero, en rigor, se trata de la misma distinción.

Si es una condición para la comisión de un delito que la violencia (*Zwang*) ejercida afecte a una *persona* y no solamente a una cosa, no lo es menos el que dicha violencia se origine también en una *persona* y no en un ente natural. Esto implica considerar al *delito*, según su concepto mismo, como una acción racional ejercida por un *sujeto de derecho* responsable de sus acciones. Hegel sostiene, no obstante, que conforme al concepto de *persona* aquello que responsabiliza a alguien por sus actos no es su recóndita intención como sujeto moral sino la universalidad de la voluntad que su acción despliega.³ Esta universalidad que se halla implícita en todo acto libre por autodeterminación y, en consecuencia, también en el delito, provee el fundamento a partir del cual Hegel elabora una explicación de la pena y una legitimación racional tanto del derecho como de la obligación a castigar por parte de un actor social determinado.

³ Es discutible la interpretación de Cordua según la cual habría que entender como *persona* al individuo que comete el acto delictivo, y como *sujeto moral* al mismo individuo en tanto responsable de las consecuencias de su acción. De ser así, quedaría excluido de la esfera propia de la *persona* su *capacidad jurídica*, es decir, la posibilidad de imputación legal que, sin embargo, define a un individuo como *sujeto de derecho*. Este aspecto ya lo ha destacado suficientemente Ossip Flechtheim (Cordua 1994, p. 128 y Flechtheim 1947, p. 300).

En efecto, entender al actuar delictivo según su estructura universal significa considerarlo en cuanto ley. El delincuente, en tanto ser racional, instaura una ley con su acción según la cual es lícito lesionar a alguien (*VRph* 18/19 §54A p.238). Pero esta ley sólo es reconocida por el sujeto que delinque en la medida en que pauta de hecho su conducta. No es más que el resultado de la universalización de la máxima que rige su acción. Por tanto, si la legitimidad de una norma jurídica se asienta sobre el consentimiento de quienes están sujetos a ella, la ley del delito sólo puede ser aplicada con justicia al delincuente que la instaura.⁴ De este modo, castigar no es otra cosa que el acto de subsumir al delincuente bajo la ley que él mismo se da.

Al respecto, Stillman sostiene que con su acción delictiva, el criminal afirma que las personas carecen de derechos y la acción de castigar consiste en la retribución de esta afirmación aplicada al criminal mismo (Stillman 1976, p.174). Sin embargo, Hegel sostiene explícitamente que el criminal sigue conservando sus derechos porque mientras viva nunca deja de ser *persona*, y el primer derecho que conserva en cuanto criminal es el *derecho a ser castigado*.

Siguiendo esta estrategia argumentativa, la pena queda justificada como el acatamiento de la ley del delito por parte del delincuente. En tal sentido, no sólo es legítima, sino que constituye para el delincuente *su* derecho: en su cumplimiento encontraría honrada su dignidad de ser humano. Este peculiar *derecho a ser castigado* pone de manifiesto que, contrariamente a la interpretación de Cordua, el delincuente no sacrifica su condición de *persona* y con ello pierde todos sus derechos (Cordua 1994, p. 130), sino que al decir Flechtheim “como la persona que nunca ha dejado de ser, está hundido objetivamente en la substancia de la ley que es común a todas las personas” (Flechtheim 1947, p. 300).

Esta consideración hegeliana del delito y la pena, como una acción legisladora del delincuente que a él mismo se le aplica, tiene su desarrollo temprano en los escritos teológicos juveniles de la época de Frankfurt.⁵ En el apartado “La pena como destino” de *El espíritu del cristianismo y su destino* Hegel explica que, en rigor, “el criminal suponía (*meinen*) actuar sobre una vida ajena, pero ha destruido la suya propia; pues la vida no se diferencia de la vida, porque la vida es de la divinidad misma; y lo que en su petulancia él ha destruido ha sido, ciertamente, la amistad de la vida: la ha convertido (*verkehren*) en un enemigo. El acto solo ha creado una ley, cuyo dominio comienza ahora; esta ley es la unificación en el concepto de igualdad de la vida dañada aparentemente ajena y de la vida propia perdida” (*TJS* pp. 280-281). No obstante, en el contexto de estos escritos teológicos de juventud, la pena (*Strafe*) si bien legítima, no es concebida por Hegel como el medio privilegiado para restituir la totalidad de la vida desgarrada por la acción criminal. Sólo el

⁴ *GPhR* §100 p. 190 ss; *VRph* 17/18 §46 p. 69 ss; *VRph* 18/19 §54 p. 238 y *PhPr* p. 244.

⁵ Para el tratamiento de la pena y el delito en el período de Frankfurt: Primoratz 1986, pp. 15-19.

amor (*Liebe*), por operar en el seno de la vida misma y no poner a las partes (como lo hacen la ley y la pena) como extremos irreductibles (*TJS* p. 281ss), puede operar la reconciliación requerida del delincuente con el destino (*Schicksal*) y del hombre con la virtud. Para el Hegel de Frankfurt, el amor y el *derecho* son, ellos mismos dos extremos de una oposición irreconciliable (Siep 1979, p. 51).

Pero estas consideraciones acerca del poder conciliador del amor son abandonadas por el Hegel maduro que, cambiando el signo de valoración, rescata a la pena como la única manera de restituir la validez objetiva del *derecho* cuando la integridad de la *persona* ha sido dañada.

Siguiendo esta segunda línea argumentativa, el delito es presentado como el rechazo, por parte del delincuente, del reconocimiento a la persona lesionada como sujeto de derechos, y con ello, a la comunidad jurídica en su conjunto. El autor del delito se sustrae con su acción a esa trama de reconocimientos recíprocos que constituyen el lazo jurídico. La pena tiene el propósito de restablecer la relación de reconocimiento dañada, negándole al delincuente el reconocimiento que él mismo le ha negado a otro. La pena repara la pérdida de reconocimiento sufrida por la víctima a manos del delincuente, restituyendo así la relación de reciprocidad constitutiva del sistema jurídico.

Precisamente, porque el *derecho* en tanto objetividad está configurado según una malla de reconocimientos intersubjetivos, la acción de castigar no hace sino restaurar aquella celda que la acción delictiva ha dañado, manifestando la íntima nulidad de esta acción. El castigo es entendido, entonces, como un acto de retribución (*Vergeltung*), que al mismo tiempo restablece la vigencia del *derecho* como tal.

Por lo tanto, la justificación hegeliana de la pena se apoya en una estrategia de argumentación compleja que contiene dos líneas estrechamente enlazadas. Siguiendo la primera, se establece que quien comete un delito carece de razones válidas que le permitan negarse a ser castigado. Pero de allí no se infiere la necesidad del ejercicio efectivo del castigo. Esto último queda establecido a partir de la segunda línea de argumentación: castigar es necesario para restituir la vigencia plena del derecho. Sin embargo, de aquí no es posible deducir por qué habría que castigar necesariamente al individuo que cometió el delito. Ello remite nuevamente a la primera línea de argumentación: el delincuente es quien debe ser castigado porque constituye para él su derecho en tanto ser racional. En este sentido, Hegel afirma que la restitución ejercida por el castigo no sólo afecta la esfera exterior de la persona sino que actúa también directamente sobre la íntima voluntad del delincuente (*VRph* 18/19 §53 p. 237), satisfaciendo así la demanda de completitud propia de su voluntad escindida.⁶

⁶ Debo la comprensión cabal de este entramado argumentativo a una observación de Marcelo Ferrante al manuscrito de este artículo, discutido en el marco de una conferencia organizada por la Escuela de Derecho de la Universidad Torcuato Di Tella.

Al respecto, Hegel explica en el *Sistema de la eticidad* de Jena que la escisión de la voluntad de quien delinque se pone de manifiesto en su acción criminal: “En tanto el acto exterior es al mismo tiempo un acto interior, el delito cometido a un extraño, también se lo comete uno a sí mismo. Pero la conciencia (*Bewußtsein*) de la propia aniquilación (*Vernichtung*) es una conciencia (*Gewissen*) subjetiva, interior, o la mala conciencia (*böse Gewissen*). De esta manera, es incompleta (*unvollständig*) y debe exhibirse también exteriormente como justicia vengadora (*rachende Gerechtigkeit*). Porque es algo interior e incompleto, tiende a una totalidad” (SS p.41). El castigo tiene, entonces, la función de recomponer la totalidad desgarrada también en el seno mismo de la subjetividad del delincuente, vinculando aquello que en ella se encuentra divorciado, es decir, estableciendo la articulación de la voluntad individual, interior y subjetiva con su configuración exterior, objetiva y universal.

No obstante, debe quedar claro que para Hegel la pena está justificada sólo en tanto manifestación objetiva y subjetiva de la nulidad intrínseca del delito y no como un intento encaminado a reformar la subjetividad criminal. Esto abre la discusión con teorías rivales del castigo y en dicho contexto la justificación hegeliana de la pena tiene que poder probar su validez y plausibilidad.

4. Discusión con teorías rivales de la pena

En el ámbito del derecho penal alemán contemporáneo suele distinguirse entre teorías absolutas y relativas de la pena. Para las teorías absolutas (o retributivas), la pena consiste en la retribución de una lesión cometida libremente y está justificada siempre que genere en el delincuente un daño proporcional al que éste produjo con su falta (Bacigalupo 1999, pp.31-32). La legitimidad del castigo se funda en el pasado, es decir, en la consideración del delito cometido. Estas teorías tienen la ventaja de que parecen fijar un límite máximo a la pena en función de la proporción que ésta debe guardar con el daño resultante del delito.

Una frecuente objeción utilitarista a estas teorías es la de no ser apta para disuadir a un individuo de cometer ciertos atropellos a la *persona*, pues bien puede figurarse el potencial agresor que la pena a recibir por la falta cometida es menor que el beneficio neto a obtener en ocasión de ella (Nozick 1974, pp. 68-69). Por tal motivo, en el capítulo 28 de *De los delitos y las penas*, Cesare Beccaria se vale de una argumentación semejante para mostrar la inconveniencia e ineficacia de la pena de muerte frente a la pena de esclavitud perpetua como castigo máximo (DP, pp. 77-79).

Para las teorías relativas (o utilitaristas), por el contrario, la acción de castigar no debe estar orientada al pasado sino al futuro. La pena encuentra su legitimidad

procurando alcanzar un fin determinado (o estableciendo al menos una clara tendencia para la obtención de este fin). La utilidad social es aquí el criterio legitimante del castigo. Dentro del grupo más amplio de las teorías relativas suele establecerse una distinción según la pena tenga por finalidad alcanzar una disminución general del delito operando sobre la sociedad en su conjunto, o bien haciendo foco en el delincuente y procurando la no reincidencia de éste en sus acciones delictivas. En el primer caso se habla de teorías de la prevención general (o disuasiva); en el segundo, de teorías de la prevención especial (o reformista).

En la discusión actual se distinguen también un tercer conjunto de teorías de la pena que intentan alcanzar un punto de equilibrio, combinando los principios legitimantes de las teorías absolutas y las relativas. Se trata de las denominadas teorías de la unión (o eclécticas), que justifican el castigo estableciendo que la pena tiene una función doble: retribuir el daño cometido y prevenir la comisión de delitos futuros. Dentro de ellas pueden distinguirse dos tendencias diferenciadas. La primera, establece la prioridad de la justicia retributiva por sobre la utilidad social y no acepta que se exceda o se atenúe el límite de la pena justa en función de la utilidad resultante de la aplicación del castigo. La segunda, distingue diversos momentos en los que tienen incidencia los principios legitimantes (Roxin 1973, p. 1 ss). Con ello “se intenta quebrar el dilema de los fines antitéticos de la pena mediante una distribución de esos fines, diferenciando las etapas de penalización: *prevención general* en la amenaza de la pena, *retribución* en la sentencia y *prevención especial* en la ejecución”(Ziffer 1996, p. 46).

Hay, por último, un cuarto conjunto doctrinario conformado por las denominadas teorías de la prevención general positiva. Según ellas, la pena encuentra su legitimación como ratificación por parte del Estado de la conciencia normativa comunitaria. Esta conciencia se expresa en las normas fundamentales y encuentra su objetivación en un conjunto de leyes positivas que tienen por propósito orientar las modalidades que asume el contacto social. En este contexto, lo característico del delito consiste en no cumplir con las expectativas sociales institucionalizadas que las leyes positivas expresan. El castigo busca reparar el equilibrio social trastornado por la acción delictiva y está justificado sólo ante el fracaso de la pretensión disuasiva contenida en estas mismas leyes: “el contenido de la pena es el rechazo de la desautorización de la norma llevada a cabo por quien la ha quebrantado”(Jakobs 1983, p. 7 ss). De esta manera, la aplicación de la pena restablece la vigencia de la norma que ha sido violada y comunica a la sociedad en su conjunto un mensaje destinado a fortalecer la confianza en su vigencia (Bacigalupo 1999, p. 43).

Cabe preguntarse si es posible enmarcar la posición hegeliana dentro de la clasificación propuesta precedentemente. Por lo general, la justificación hegeliana de la pena ha sido presentada como una variante de las teorías absolutas, si bien con algu-

nas peculiaridades que la distinguen de un retribucionismo estricto como el de Kant (Stillman 1976, p.173 ss., Bacigalugo 1999, p. 32, Primoratz 1986, p. 71 ss).

No obstante, precisamente en virtud de estos rasgos distintivos, Igor Primoratz llegó a considerarla la posición retributiva más completa en materia de teoría penal. Según su perspectiva “la teoría retributiva de la pena contiene en sus forma más acabada cinco tesis fundamentales: (1) el delito cometido es el único fundamento para el derecho a castigar, (2) es también la única fuente para el deber de castigar, (3) la pena tiene que ser adecuada al delito, (4) ella suprime (*aufheben*) el delito y (5) es un derecho del delincuente. Las tres primeras son comunes a todos los representantes consecuentes del retribucionismo, la cuarta y quinta, por el contrario, son propias de Hegel: estas fueron por primera vez formuladas y sistemáticamente representadas por la teoría de la pena de Hegel” (Primoratz 1986, p. 71).

Kurt Seelmann, por su parte, sin desestimar este aspecto retributivo, entiende que para evaluar la teoría hegeliana de la pena no sólo hay que tener en cuenta lo expuesto en la primera parte de la *Filosofía del derecho* sino también los desarrollos presentes en el capítulo dedicado a la “Administración de justicia” (*Die Rechtspflege*) de la tercera parte de esta obra. Según su parecer, la imagen de la teoría penal hegeliana que surge de la consideración conjunta de estos materiales no difiere demasiado de las teorías eclécticas de la pena, es decir, aquellas que buscan la prevención general mediante una aplicación de la pena que siga criterios retributivos de justicia (Seelmann 1995, pp. 27-29).

Wolfgang Schild ha subrayado, además, la importancia de los elementos propios de una teoría de la prevención especial, presentes no tanto en el texto publicado de 1821 sino sobre todo en las lecciones de invierno de 1824/25, puesto que Hegel enfatiza que “el orden imperante y la seguridad de la sociedad producen una determinación ulterior de la pena: *la mejora del delincuente*. Este momento de la teoría penal hegeliana es, por lo general, completamente ignorado” (Schild 1979, p. 221). De manera semejante, Becchi afirma que en la teoría hegeliana del castigo están presentes elementos propios tanto de una teoría de la prevención general como de una de la prevención especial; y que estos últimos adquieren una mayor preponderancia cuanto más estable y mejor ordenada está la sociedad: “para Hegel el fin de la pena se puede conseguir *preventivamente* incluso con la intimidación o *sucesivamente* con la resocialización y reeducación del delincuente” (Becchi 1999, p. 201).

Pese a la afirmación de Schild, ya a fines del siglo pasado (1896) John Ellis MacTaggart había considerado a la teoría hegeliana del castigo como una variante no utilitarista de las teorías reformistas que legitiman la pena como un medio para conseguir la mejora moral del delincuente (MacTaggart 1968, pp. 320-330). Según MacTaggart, esta posición carece de toda aplicabilidad jurídica, pues desde la perspectiva del Estado el fin del castigo consiste en prevenir el crimen, no en reformar al criminal.

Michael Mitias, sin embargo, ha dejado en claro que en la teoría hegeliana el castigo no tiene por propósito mejorar al delincuente, sino restituir el *derecho* cuya integridad ha sido lesionada. Según Mitias, el castigo está lógicamente presupuesto por la violación de una ley existente; y siendo ésta la causa por la que un jurado condena, y no para disuadir al criminal (o con su ejemplo a potenciales criminales) de cometer delitos futuros, la teoría penal hegeliana tiene aplicabilidad jurídica (Mitias 1978, p.183). Sobre este punto, Cooper señala que “si la reforma o la disuasión fueran las razones para castigar a un individuo, no sería necesario exigir su culpabilidad. Pero esta es exigida, entonces, tanto la reforma como la disuasión no pueden ser razones” (Cooper 1971, p. 152).

En efecto, como ya ha sido expuesto, la legitimación hegeliana del castigo se funda sobre el presupuesto de que el agente que comete un delito es un ser racional que obra conforme a su condición. Por lo tanto, la pena no puede encontrar su justificación como un intento encaminado a reformar a quien obra racionalmente. La acción de castigar señala la nulidad del acto delictivo. Por otra parte, es necesario tener presente que la pretendida reforma de la subjetividad criminal es algo que sólo puede acontecer en el ámbito de la interioridad, por lo que excede la esfera de lo estrictamente jurídico. La pena, por el contrario, ha de situarse en el mismo plano el delito, es decir, en la esfera de la exterioridad de la voluntad. Éste es el nivel en el que ha de restituirse el *derecho*, dado que aquí se ha dejado de reconocer la universalidad de la *persona* (VRph 17/18 §46 p. 71).

En consecuencia, la justificación hegeliana de la pena no funda su legitimidad sobre ningún razonamiento reformista ni de tipo *retributivo* (como sí lo hacen aquellos de raigambre kantiana) sino sólo sobre la base de uno *restitutivo*: la pena correspondiente a un delito ha de ser la mínima que permita la *restitución* (*Wiederherstellung*) del *derecho* como tal, es decir, la mínima que suprima al delito *qua* delito.⁷ Sólo asumiendo este punto de vista se alcanza, según Hegel, una perspectiva adecuada de análisis que, dejando de lado planteos morales o psicológicos, se ciñe a la consideración objetiva de lo justo: lo que se emplaza en el centro de la escena es, precisamente, la *justicia* (*Gerechtigkeit*) como tal y no factores que, en sentido estricto, son contingentes. Esto último es lo que hacen aquellas teorías que ponen el acento en el perjuicio cometido en ocasión del delito como fuente de legitimidad del castigo.

En la observación al §99 de la *Filosofía del derecho*, Hegel señala que “este carácter superficial de un *perjuicio* (*Übel*) está presupuesto como lo primordial en las distintas teorías sobre la pena, en la teoría de la prevención, de la intimidación, de la amenaza, de la corrección, etc., y aquello que, por el contrario, debe resultar

⁷ Primoratz señala que la concepción restitutiva de la pena, por ser más amplia que la meramente retributiva, no se contrapone a ella sino que la supone (Primoratz 1986, p. 74 ss).

es determinado con la misma superficialidad como un bien. Pero no se trata ni meramente de un perjuicio ni de este o aquel bien, sino ciertamente del *ilícito* (*Unrecht*) y la *justicia* (*Gerechtigkeit*)” (*GPhR* §99A pp.187-188). Lo que Hegel enfatiza aquí es que resulta absurdo prescindir de la especificidad de lo jurídico, precisamente cuando se trata de la legitimación de la pena. El fin del castigo no puede ser otro que la superación del delito y la restitución de la vigencia plena del derecho. Para conseguir su propósito, la pena debe compensar el desequilibrio producido con la irrupción del delito en el sistema de reconocimientos recíprocos, que constituye el vínculo jurídico. Por esta razón, la pena justa es aquella que compensa la lesión de la norma, no la que retribuye un perjuicio al delincuente por el daño cometido con su acción.

En este sentido, la legitimación hegeliana del castigo debe ser considerada como precursora de las teorías contemporáneas de la prevención general positiva, como bien lo admite Günther Jakobs, uno de sus representantes actuales más reconocidos.

Si el medio para conseguir la restitución del derecho tras la comisión de un delito es la aplicación de una pena compensadora del equilibrio jurídico, cabe interrogarse qué se entiende en este contexto por compensación y cómo puede llevarse a cabo. En un intento por formalizar su teoría de la pena como compensación, Hegel afirma lo siguiente en su *Tratado sobre el derecho natural*: “aplicado a la pena, únicamente la compensación (*Wiedervergeltung*) es racional en ella, porque a través suyo es coaccionado el delito. Una determinación +A que ha sido puesta por el delito, es completada por la posición de -A, y así son eliminadas ambas; o visto positivamente, con la determinación +A se vincula para el delincuente la contrapuesta -A, y se pone a ambas por igual, pues el delito puso sólo una. Así la pena es la restitución (*Wiederherstellung*) de la libertad, y el delincuente ha permanecido libre, o más bien se lo hizo libre, si el sancionador (*Strafender*) ha actuado racional y libremente” (NR p. 485). Es por ello que en el agregado al §101 de la *Filosofía del derecho* se define a la compensación (*Wiedervergeltung*) como “la conexión (*Zusammenhang*) y la identidad de dos determinaciones, que aparecen como diferentes y también tienen una existencia exterior diferente una de otra” (*GPhR* §101Z p. 96).

Este es el caso del delito y la pena que son dos determinaciones situadas en la esfera de la exterioridad. Pero esta última, como se ha visto, no es sino la otra mitad del delito, en tanto está presupuesta por la máxima que rige la acción delictiva. Hegel sostiene que el único medio que permite exhibir al castigo según su necesidad inmanente, y no de manera superficial como un perjuicio arbitrario sobre quien cometió una acción prohibida, es ejecutarlo según el valor (*Wert*) de la acción. Porque el *valor* es el medio universal que permite comparar dos acciones necesariamente diferentes y en función del cual la pena ha de ser suministrada: la compensación es el resultado de la aplicación del castigo atendiendo al *valor* en cuanto intrín-

seca igualdad de las acciones de delinquir y castigar. De esta manera es claro que Hegel retoma aquí el tópico de la proporción entre pena y delito, reintroducido en el debate moderno por Montesquieu en el libro VI, *Del espíritu de las leyes* (EL, vol. I, p. 218 ss).

Con esta consideración, la fundamentación hegeliana del castigo se aparta de las pretensiones extremas de ciertas doctrinas retributivas que practican una interpretación literal de la *ley del talión*. Para Hegel no existe en la naturaleza ninguna escala que prescriba para cada crimen un castigo *naturalmente* conveniente (Cooper 1971, p. 157). E incluso reconoce que, en lo que concierne a la determinación de la medida de la pena, también la razón encuentra aquí su límite. Enfrentada al elemento puramente positivo, la determinación conceptual sólo alcanza a establecer el marco general: “no es posible decidir *racionalmente*, incluso mediante la aplicación de una determinación proveniente del concepto, si para un delito lo justo es cadena perpetua o cuarenta azotes o cuarenta menos uno; o bien una pena pecuniaria de cinco taleros o bien de cuatro y veintitrés centavos; o bien una pena de prisión de un año, o de trescientos sesenta y cuatro días, o de un año y uno, dos o tres días” (GPhR §214A, pp. 366-367).

En el único caso en que el *valor* no debe ser tenido en cuenta, o mejor dicho, en que la compensación ha de seguir el precepto de la *lex talionis*, es en el caso de homicidio. Aquí no hay valor ni equivalencia posible porque como lo que ha sido negada es la totalidad de la existencia, sólo puede haber compensación con la privación de la vida del delincuente (GPhR §101Z p.196). Hegel legitima la pena de muerte siguiendo hasta las últimas consecuencias el razonamiento según el cual quien ha cometido un homicidio ha reconocido para sí el homicidio como ley que a él debe aplicársele (VRph 17/18 §46 p.70). La justificación hegeliana de la pena capital no tiene necesidad de suponer principios contractuales como fundamento del lazo social o del Estado, ni de establecer como criterio suficiente para su aplicación que dichos contratos se vean amenazados. Presupuestos ambos compartidos por Rousseau y Beccaria, pese a que el primero haya estado a favor de la pena de muerte y el segundo haya sido uno de sus más fervientes detractores.⁸

Ahora bien, la consideración de la pena de muerte como una determinación necesaria de un sistema jurídico racional no sólo es polémica; también representa por parte de Hegel una inconsecuencia respecto de sus propios supuestos normativos. Según lo expuesto, un sistema jurídico racional debe contemplar la pena de muerte para casos de homicidio, en la medida en que dicha determinación atiende a la regla de la compensación y es el medio adecuado de restituir la vigencia del *derecho* tras una lesión de este tipo. Sin embargo, Hegel enfatiza en su polémica

⁸ CS, libro II, cap. V, pp. 59-61 y DP, p. 74 ss. Es posible sostener incluso que Hegel estiliza, contra el punto de vista de Beccaria, el razonamiento rousseauniano según el cual “es para no ser la víctima de un asesino que se consiente morir si uno deviene tal” (CS, p. 60).

contra los teóricos de la escuela histórica del derecho que la racionalidad de un sistema jurídico se asienta sobre su aptitud para garantizar la vigencia universal de la *persona* como ser libre. Esto significa que un sistema jurídico racional debe excluir *con necesidad* la posibilidad de que una lesión a la *persona* no pueda ser compensada y dar lugar a la ulterior restitución del derecho. La inclusión de la pena de muerte en un sistema de derecho, por el contrario, es la única determinación jurídica que deja abierta esta posibilidad.

En efecto, es *posible* que ante un caso de homicidio, una *persona* inocente sea declarada culpable. Y ello conforme a las pruebas presentadas, las circunstancias del caso y el estado general de las ciencias en su tiempo, es decir, bajo la observancia de todos los mecanismos jurídicos previstos. Si además se descartaran negligencias y animosidades, se estaría frente a un caso en el que la aplicación de la pena capital invalidaría toda posible compensación ulterior, porque la lesión a la persona habría sido perpetrada por el propio sistema de derecho. El ejercicio de una compensación restitutiva de la juridicidad sería, entonces, impracticable, cuando un sujeto de derecho ha sido ejecutado por mecanismos jurídicamente legítimos; por lo que el *derecho* como tal quedaría irreparablemente lesionado. Por esta razón, la pena de muerte debe ser considerada, según criterios hegelianos y aun contra la propia letra del filósofo, como una determinación irracional e injusta, dado que no garantiza con necesidad la validez universal de la *persona*.

Un razonamiento semejante al expuesto ha sido esgrimido por el abate Morellet en una de sus notas al tratado de Beccaria. Al abate le llamaba poderosamente la atención que Beccaria no haya reparado en que aún “los jueces más íntegros que pronuncian la ley más clara, y después de las pruebas que les parecerá excluir, como se dice, la *posibilidad de la inocencia*, no serán siempre infalibles. Podrán confundir alguna vez al inocente con el culpable y condenarle como tal. (...) La pena de muerte es inicua en cuanto quita a la inocencia, injustamente condenada, toda esperanza de gozar de una rehabilitación, todo medio de reparar esta horrorosa falta” (DP, Nota 36, pp. 183-184). Sin embargo, el aspecto que el abate Morellet subraya es el carácter irremediable de la muerte en relación con la subjetividad injustamente condenada, mientras que en el caso que nos ocupa el acento recae sobre la irremediable nulidad de lo jurídico cuando se ha cometido esta lesión irreparable.⁹

La posición de Beccaria es considerada por Hegel como un modelo de las teorías penales que legitiman el castigo por su capacidad de amenaza (DP, pp. 45-46). Esta posición es una variante las teorías utilitaristas que consideran justificado el castigo cuando de su aplicación resultan consecuencias valiosas para la sociedad. En el caso de Beccaria, la función social del castigo es infundir temor en el resto de

⁹ Para cotejar estos desarrollos con un intento de justificar el rechazo de la pena de muerte desde una perspectiva deontológica puede consultarse el capítulo “Los límites de la coacción estatal. El caso de la pena de muerte” (Nino 1984, pp. 277-299).

los miembros de la sociedad para disuadirlos de la comisión de acciones delictivas en el futuro. Se trata, entonces, de una variable de aquellas teorías que, como la de von Feuerbach, reivindican la ejemplaridad del castigo.¹⁰

Hegel rechaza explícitamente esta posición por considerar que reducen la condición humana a la animalidad: el ser humano es tratado como un perro al que se amedrenta mostrándole el palo con que puede ser golpeado. Por esta misma razón resulta cuestionable incluso su eficacia. Pues al ser el hombre esencialmente *libre*, la amenaza, lejos de disuadirlo, bien puede en muchos casos tentarlo a cometer la acción prohibida como una manera de reivindicar su dignidad como agente capaz de obrar por autodeterminación.

5. Restitución del derecho y exigencia de una formación ética de los sujetos de derecho

Hegel sostiene que una manera natural de procurar la restitución del derecho tras la comisión de un delito es la venganza (*Rache*). Pero la restitución que la venganza lleva a cabo se da bajo la determinación de la inmediatez.¹¹ En este sentido, comporta un aspecto positivo y otro negativo. El primero reside en que es justa según su *contenido*, porque pretende establecer una compensación. Pero como esta compensación, y en ello reside el aspecto negativo, tiene la *forma* de la particularidad, se transforma por lo general en una nueva lesión del derecho.

Que la venganza tenga la *forma* de la particularidad significa que es ejercida por una voluntad individual: la víctima, sus familiares o amigos. Esto transforma su *contenido* de justicia en algo meramente contingente. En primer lugar, porque al estar contaminada de elementos pasionales y afectivos, no atiende en la restitución del derecho al aspecto *cuantitativo* y *cualitativo* del delito. En segundo lugar, porque, aun cuando lo haga, su acción será considerada como la propia de una voluntad particular que obra, por tanto, en consecuencia. Por esta razón, el intento de restituir el derecho bajo la determinación de la inmediatez genera un progreso al infinito en el mutuo atropello de la *persona*. Esta progresión, sin embargo, pone de manifiesto la exigencia de que el castigo no quede en manos de los particulares, ni siquiera de un tercero que oficie de juez. La condición necesaria para la restitución del derecho es, pues, que la pena sea ejercida no por una voluntad individual y subjetiva, sino objetiva y universal.

Al respecto, ya el joven Hegel enfatizaba que “el ser viviente, sin embargo,

¹⁰ Para la crítica de Hegel a la posición de Paul Johann Anselm von Feuerbach: *GPhR* §99Z p. 190 y *VRph* 17/18 §46 pp. 71.

¹¹ *GPhR* §102 pp.1 96-197; *VRph* 17/18 §48 pp. 72-73; *VRph* 18/19 §56 p. 239; y *PhPr* p. 245.

cuyo poder está unido con la ley, el ejecutor (*Exekutor*) que en la realidad (*Wirklichkeit*) quita del criminal el derecho que éste ha perdido en su concepto, es decir, el juez (*Richter*), no es la justicia abstracta (*abstrakte Gerechtigkeit*), sino un ser vivo, y la justicia sólo su modificación. La necesidad del merecimiento de la pena permanece fija, pero el ejercicio de la justicia no es nada necesario, porque ella en cuanto modificación de un ser viviente también puede desaparecer, puede suceder otra modificación, y así devenir la justicia en algo accidental” (*TJS* p. 278).

El razonamiento hegeliano parece responder así a un esquema organizado sobre la base de tres momentos: “(a) la violencia como *Gewalt* se encuentra en el momento en que nace el hecho jurídico mismo y, dado que es de por sí un hecho en cierto sentido ‘prejurídico’, se introduce en el mundo del derecho como (b) *Zwang*, la violencia con plena relevancia jurídica, que nace como respuesta a una *Zwang* o *Gewalt*, y este es un movimiento que se resolvería en un mecanismo de ida y vuelta infinito, si (c) la aplicación de la pena, elevada al plano de la universalidad (*Staatsgewalt*), no se liberara del carácter meramente relativo de la venganza” (Marino 1977, pp. 219-220). Sin embargo, llegado a este punto, se advierten desarrollos divergentes en el *corpus* teórico hegeliano que bien pueden ser conciliados.

Por un lado, en la *Propedéutica* de 1810, Hegel interpreta, siguiendo los pasos de Locke en su *Segundo ensayo sobre el gobierno civil* (*ST*, §§19-21 pp. 13-14), que esta exigencia legitima la institución del Estado, en tanto voluntad objetiva y universal, como órgano facultado para administrar justicia con imparcialidad: “el concepto de derecho como el detentador de la violencia (*Gewalt*), como poder (*Macht*) independiente de los móviles del individuo tiene sólo en la sociedad estatal su realidad efectiva (*Wirlichkeit*)” (*PhPr* p. 245). En consecuencia, el derecho como tal deja de ser *abstracto* y pasa a ser *coactivo* cuando tiene lugar la eliminación del delito por parte del Estado. En tal sentido, los desarrollos de Hegel son compatibles con los presupuestos de Robert Nozick como lockeano contemporáneo, en tanto sostiene que “presumiblemente, lo que lleva a la gente a usar el sistema de justicia del Estado es la cuestión de la ejecución definitiva. Sólo el Estado puede imponer un juicio en contra de la voluntad de una de las partes” (Nozick 1974, p.27).

Por otro lado, ya a partir de las *lecciones de filosofía del derecho* de Heidelberg de 1817/18 y hasta la *Enciclopedia* de Berlín de 1830, Hegel entiende que esta demanda de una voluntad universal por parte de la voluntad particular introduce la problemática de la *moralidad* (*Moralität*) y no inmediatamente la del Estado. Así, el tratamiento de lo *ilícito* sirve de tránsito hacia la esfera de la *moralidad*, entendida como instancia resolutoria del conflicto que instaura y esconde el *contrato* como figura emblemática del *derecho abstracto*, es decir, del conflicto entre dos determinaciones opuestas de la voluntad solapadas bajo el concepto de *voluntad común* (*gemeinsamer Wille*).

Lo que Hegel parece advertir a partir del período de Heidelberg, retomando con

ello sus intuiciones juveniles de la época de Jena (NR, p. 485 ss) es que no basta con la institución del Estado como órgano coactivo, como aparato monopolizador de la fuerza, para que el *derecho abstracto* devenga *derecho* vigente. Antes bien es necesario que la voluntad individual quiera lo universal y que lo universal se realice como voluntad subjetiva. Sólo así el *derecho*, que en tanto *abstracto* contaba con un reconocimiento contingente, pasa a tener una validez efectiva.

Esto último aparece formulado con toda claridad en las *Lecciones* de 1817/18: “este primer ser-reconocido (*Anerkanntsein*) es contingente, porque la voluntad subjetiva no se ha puesto todavía como idéntica con la voluntad universal, y no ha reconocido aún la voluntad particular como una voluntad diferenciada. Sólo mediante la voluntad subjetiva el derecho tiene su realidad efectiva (*Wirklichkeit*), y el derecho es así contingente” (VRph 17/18 §49 pp.73-74). Su contingencia radica en que la voluntad subjetiva no reconoce de inmediato a la voluntad universal como su sustancia, sino que ésta se le presenta a la primera sólo como deber (*Sollen*), es decir, como exigencia de una meta a ser alcanzada. La esfera de la *moralidad* (*Moralität*) queda determinada como este ámbito de tensión entre dos determinaciones contrapuestas de la voluntad. Pero el derecho tiene que trascender la contingencia, si aspira a ser derecho vigente; y ello requiere abandonar el ámbito de la mera subjetividad. Por tal motivo, se afirma en la *Filosofía del derecho* que “para tener el pensamiento (*Gedanken*) del derecho, se debe estar formado en el pensar (*Denken*) y no sólo detenerse en lo meramente sensible; se debe adaptar los objetos a la forma de la universalidad y, del mismo modo, regirse en la voluntad según lo universal” (GPhR §209Z p.361).

Por lo tanto, aquello que se revela en el movimiento conceptual del *derecho abstracto* son las limitaciones propias de su perspectiva, en la medida en que reduce al ser humano a la condición privada de *persona* (A). Esto conduce a la afirmación de la determinación contraria, es decir, a la *negación de la persona* que tiene lugar con el *delito* (-A). Para elaborar la contradicción que se manifiesta en la instancia del *delito* y la *pena* (-A = +A) es necesario un enfoque alternativo que permita englobar estas dos determinaciones contrapuestas de la voluntad. Tal es el caso de la perspectiva moral que se concentra sólo en el aspecto interior de la acción, es decir, en la intención. Sin embargo, atender a la intención, significa poner el ojo en la capacidad de autodeterminación de la voluntad, cosa que se produce sólo cuando ésta se tiene a sí misma por contenido, es decir, cuando el móvil de la acción es su estricta universalidad. Desde esta nueva perspectiva, el hombre es un *sujeto* individual que, no obstante, tiende a lo universal. Pero esta universalidad se presenta en principio de manera puramente *formal*, es decir, sólo como deber (*Sollen*) o exigencia (*Forderung*).

Por esta razón, la *moralidad* está determinada como un ámbito de tensión entre la determinación de la voluntad como algo *subjetivo* y, por otra parte, como *univer-*

sal. En este campo de tensión se instala el punto de vista del *formalismo jurídico*, término con el que Hegel refiere a hace las doctrinas de Kant y Fichte (NR, pp. 457-485).

En efecto, en el *Tratado sobre el derecho natural* de Jena, Hegel toma a las doctrinas de Kant y Fichte como instancias opuestas de formalismo: moral e interior en Kant, legal y exterior en Fichte. Según su análisis, ambas se revelan como perspectivas unilaterales aunque necesarias para la comprensión del mundo ético en su totalidad: “la una es para la otra ciertamente negativa, pero ambas son así. No es la una lo absoluto positivo, la otra lo absoluto negativo, sino que cada una es ambos en relación a la otra, y por ende, como ambas son sólo relativamente positivas, no son ni la legalidad ni la moralidad absolutamente positivas o verdaderamente éticas. Y así, pues, dado que tanto la una como la otra son positivas, ambas son absolutamente necesarias” (NR p.475).

La crítica hegeliana a ambas doctrinas apunta a destacar que la constitución moral de los sujetos de derecho es un requisito previo indispensable, aunque también deficiente, para la vigencia de un marco jurídico. Tanto su necesidad como su insuficiencia son puestas de manifiesto por las denominadas *constituciones formales* a que da lugar el formalismo jurídico.

La constitución de un Estado tiene un carácter meramente *formal* cuando las normas que la configuran fundan su validez en el asentimiento vacío de los sujetos cuya vida en comunidad pretenden regular. Este asentimiento es *vacío* porque agota toda su fuerza vinculante en la manifestación del *deseo* de los particulares de que tales y cuales normas *deberían* efectivamente regir sus conductas, aunque de hecho ellos no *pueden* (y, en tal sentido, tampoco *quieran*) dejarse regir por ellas. En otras palabras, con tal asentimiento la voluntad individual admite la necesidad de la voluntad universal, pero la tiene aún por algo ajeno y exterior a la que *debería* someterse: “la subjetividad, sin embargo, no sólo es formal, sino que constituye, en tanto infinito autodeterminarse de la voluntad, *lo formal* mismo. Dado que en este primer surgimiento en la voluntad individual, [el autodeterminarse] no está todavía puesto como idéntico con el concepto de la voluntad, el punto de vista moral es el punto de vista de la *relación* (*Verhältnis*) o del deber (*Sollen*) o de la exigencia (*Forderung*)” (GPhR §108 p.206).

En consecuencia, un sistema constitucional elaborado bajo el punto de vista moral da como resultado *constituciones formales*, que pueden ser válidas desde el punto de vista procedimental, pero que no llegan a establecer un plexo normativo vigente. La verdadera vigencia de una constitución requiere que los sujetos implicados reconozcan la universalidad de la voluntad expresada en sus normas como instancia que configura su vida política y ciudadana, y no sólo como una exigencia exterior a la que *debería* atenderse. Constituciones de este tipo nada constituyen, pues sus normas, reconocidas de manera abstracta como normas válidas, rara vez se

las reconoce también como normas vigentes de aplicación legítima.

Para que las constituciones tengan validez como derecho vigente es necesario que los sujetos de derecho posean el *sentimiento* (*Gefühl*) de que esta dimensión universal no está, si se admite la metáfora espacial, *delante y por encima* de la voluntad individual sino que, más bien, se encuentra *debajo y a sus espaldas*, estableciendo el fundamento de sus acciones y determinando su condición jurídica como tal.

En la “Introducción” a la *Metafísica de las costumbres*, Kant observa que un sistema constitucional debe estar elaborado según principios morales (*MS*, pp. 326-335). Sin embargo, reconoce también la insuficiencia de tales principios para resolver el problema del armado de una buena constitución. En *La paz perpetua* entiende, por el contrario, que no es posible derivar a partir de la moralidad una constitución política saludable, sino que, a la inversa, es dable esperar en el pueblo una mejoría moral sólo bajo el reinado de una buena constitución (*EF*, p. 224; Arendt 1982). Por lo tanto, Kant también advierte que el problema político requiere de principios propios que recorten su especificidad pues despliega su lógica en el ámbito de la exterioridad. A partir de allí elabora un concepto de paz que resulta asimilable al de reposo por “oposición real” de fuerzas positivas.¹² La respuesta kantiana al problema de cómo conseguir la pacificación política recuerda en mucho al escrito de 1763 acerca de las magnitudes negativas, en la medida en que se trata de disponer las fuerzas políticas de modo tal que lleguen a reposo por recíproca oposición (*EF*, pp. 224-225). Podría decirse, entonces, que para Kant la moral debe estar a la base de toda constitución jurídica, si bien no bastan sus preceptos para organizar políticamente un *estado de derecho*.

Precisamente este hiato entre *derecho y moral*, presente tanto en el sistema kantiano como en el de Fichte,¹³ es lo que Hegel juzga la mayor deficiencia de ambos planteos, pues vuelve a sus propuestas constitucionales o bien despóticas o bien irrealizables. Por esta razón, intenta superarlas con una reelaboración del concepto de derecho, que entendido como *derecho positivo*, tenga su punto de partida en la constitución ética de los sujetos sobre los que recae.

La experiencia de lo *ilícito* pone de manifiesto que la violación de las normas jurídicas es una determinación necesaria¹⁴ cuando los sujetos de derecho se reconocen a sí mismos sólo como *personas privadas*, es decir, cuando su realidad se ve

¹² Según explica Kant un caso de oposición semejante entre dos cosas se presenta cuando enfrentadas ambas “como causas positivas una suprime lo que se sigue de la otra” (*VBnG*, p. 788).

¹³ *GNr*, Introducción, II, §5, pp. 10-11 y Siep 1979, p. 26.

¹⁴ En la *Enciclopedia* de Berlín, Hegel entiende que tanto el delito como la locura (*Verrücktheit*) son determinaciones *necesarias* del espíritu humano y como tal deben ser expuestas (*EPhW* §408Z p.163 ss). Luigi Marino explica al respecto que “momento ‘necesario’ no quiere decir, obviamente, absoluta necesidad, por ejemplo, en el sentido de que todo hombre deba pasar a través de la locura [o el delito]. No es del hombre singular que se trata, sino de la condición humana en general; y por tanto

reducida a las transacciones que llevan a cabo en tanto *propietarios* bajo la forma del *contrato*. Ocurre, entonces, que “este abstracto sistema de derechos no puede en sí mismo ejercitar a los agentes para sostener de un modo habitual e intencional el sistema de derechos, sino más bien para violarlo” (Westphal 1993, p. 249). Las determinaciones propias del *derecho abstracto* resultan, por tanto, insuficientes para resolver los problemas que la unilateralidad de su perspectiva pone en juego. Sólo cuando la voluntad interior, individual y subjetiva se sabe *una* con su configuración exterior y objetiva, surge un *corpus* de *derecho positivo*, que el Estado encarna legítimamente. Esta legitimidad de base le permite restituir el *derecho* tras la lesión de una norma vigente, satisfaciendo así las exigencias de validez, implícitas en cada una de las determinaciones jurídicas fundamentales del derecho privado moderno, a saber: *persona*, *propiedad* y *contrato*.

La tesis decisiva de Hegel respecto de la realidad efectiva de un *estado de derecho* es que sólo es posible allí donde las instituciones jurídicas, cuya validez se reconoce en la constitución estatal, concuerden con las íntimas convicciones de los hombres que conforman el Estado y cuyas interacciones se proponen regular. Por ello, Hegel afirma que “la substancialidad es esencialmente convicción (*Gesinnung*). En cuanto esta convicción, le concierne esencialmente al sujeto, es el reconocer (*Anerkennen*) de las leyes. En cuanto este conocer (*Erkennen*) de las leyes es saber subjetivo, ya está puesto en él un universal. Esta formación (*Bildung*) del sujeto es esencial para la convicción ética” (*VRph* 17/18 §70 pp. 90-91).

La experiencia de lo *ilícito* revela, precisamente, la impotencia de los principios morales para regir lo social y funda la racionalidad jurídica, no del *derecho abstracto*, sino del *derecho positivo*. El punto de vista de la *eticidad* (*Sittlichkeit*), a diferencia del moral, da lugar a la organización de un cuerpo jurídico positivo, cuya validez y eficacia reposan sobre el hecho de que las normas que lo constituyen son la expresión de una práctica de reconocimiento intersubjetivo fundada en la universalidad de la *persona*, y firmemente arraigada en hábitos de convivencia concretos; no en deseos, aspiraciones o exigencias que se exhiben como tales impotentes para cumplir su cometido. Como se enuncia en el §144 de la *Filosofía del derecho*, “lo ético objetivo, que entra en el puesto del bien abstracto, es, a través de la subjetividad *como forma infinita*, la sustancia *concreta*. De ahí que ponga las diferencias en sí, que están determinadas aquí por el concepto y, de esta manera tenga lo ético su *contenido* fijo, que es por sí necesario y una consistencia que se eleva por sobre el opinar y el capricho subjetivos; las *leyes e instituciones que existen en y para sí*” (*GPhR* §144, pp. 293-294).

Referencias bibliográficas

del riesgo que a cada hombre singular le incumbe. No es de este modo solamente una potencialidad abstracta, sino un abismo siempre abierto y también, dentro de ciertos límites, una experiencia real” (Marino 1977, p. 206).

Bibliografía primaria

- HEGEL, G.W.F. (SW): *Sämtliche Werke*, obras editadas por H. Glockner, 20 tomos, Stuttgart, 1965.
- HEGEL, G.W.F. (HW): *Hauptwerke in sechs Bänden*, Wissenschaftliche Buchgesellschaft, Darmstadt, 1999.
- HEGEL, G.W.F. (TW): *Theorie Werkausgabe*, obras editadas por E. Moldenhauer y K. M. Michel, 20 tomos, Frankfurt/M, 1970.
- HEGEL, G.W.F. (EphW): *Enzyklopädie der philosophischen Wissenschaften*, en: TW, vol. 8-10.
- HEGEL, G.W.F. (EPhW 17): *Enzyklopädie der philosophischen Wissenschaften im Grundrisse*, en: SW, vol. 6.
- HEGEL, G.W.F. (GPhR): *Grundlinien der Philosophie des Rechts*, en TW, vol.7.
- HEGEL, G.W.F. (NR): “Über die wissenschaftlichen Behandlungsarten des Naturrechts, seine Stelle in der praktischen Philosophie und sein Verhältnis zu den positiven Rechtswissenschaften” (1802-1803): en: SW, vol 1, pp. 435-537.
- HEGEL, G.W.F. (PhPr): “Recht-, Pflichten-, und Religionslehre für die Unterklasse”. *Texte zur philosophischen Propädeutik*, en: TW, vol. 4.
- HEGEL, G.W.F. (SS): *System der Sittlichkeit*, editado por G. Lasson, Hamburg, 1967.
- HEGEL, G.W.F. (TJS): *Theologische Jugendschriften*, editados por H. Nohl, Frankfurt/M, 1966.
- HEGEL, G.W.F. (VRph): *Vorlesungen über Rechtsphilosophie 1818-1831*, edición y comentario en 6 volúmenes de K-H. Ilting, Stuttgart-Bad Canstatt, vol. 1, 1973, vol. 2-4, 1974.
- HEGEL, G.W.F. (VRph 17/18 y 18/19): *Die Philosophie des Rechts. Die Mitschriften Wannenmann (Heidelberg 1817/18) und Homeyer (Berlin 1818/19)*, edición y comentario de K-H Ilting, Stuttgart, 1983.
- HEGEL, G.W.F. (WL): *Wissenschaft der Logik*, en: HW, vol. 3-4, edición a cargo de F. Hogemann y W. Jaeschke.

Bibliografía secundaria

- ARENDT, H. (1982): *Lectures on Kant's Political Philosophy*, Chicago, 1982.
- BACIGALUPO, E. (1999): *Derecho Penal*. Parte general, 2º Ed., Buenos Aires, 1999.
- BECCARIA, C. (DP): *Dei delitti e delle pene*, Livorno, 1764. Trad. J. A. De las Casas (1774): Madrid, 1968.
- BECCHI, P. (1999): “Il doppio volto della pena in Hegel”, en: *Verifiche*, 28 (1999): pp. 191-209.
- COOPER, D. (1971): “Hegel's Theory of Punishment”, en: Pelczynski, Z.A., *Hegel's*

- Political Philosophy*, Cambridge, 1971, pp. 151-197
- CORDUA, C. (1994): "El delincuente en el derecho penal de Hegel", en: *Escritos de Filosofía*, N° 26-27, Buenos Aires (enero-diciembre 1994) pp. 121-132.
- FICHTE, J. G. (GNr): *Grundlage des Naturrechts nach Principien der Wissenschaftslehre*, en: *Fichtes Werke* vol.III, edición de I. H. Fichte, Berlin, 1971.
- FLECHTHEIM, O.K. (1947): "Hegel and the Problem of Punishment", en: *Journal of the History of Ideas*, vol.VIII, N°3 (junio 1947), pp. 293-308.
- ILTING, K.-H. (1982): "Rechtsphilosophie als Phänomenologie des Bewußtseins der Freiheit", en: Henrich, D. - Horstmann, R.-P. (Hrsg.), *Hegels Philosophie des Rechts*, Stuttgart, 1982, pp. 225-254.
- JAKOBS, G. (1983): *Strafrecht*. Allgemeiner Teil, Berlin-New York, 1983.
- KANT, I. (*Werke*): *Werke*, editadas por W. Weischedel, 12 tomos, Frankfurt/M, 1977.
- KANT, I. (VBNr): "Versuch den Begriff der negativen Größen in die Weltweisheit einzuführen", *Werke*, vol. 2.
- KANT, I. (MS): *Die Metaphysik der Sitten*, *Werke*, vol. 8.
- KANT, I. (EF): "Zum ewigen Frieden. Ein philosophischer Entwurf", *Werke*, vol. 11.
- LOCKE, J. (ST): "An essay concerning the true original, extent and end of civil government", en: *Social Contract, essays by Locke, Hume and Rousseau*, Oxford, 1971.
- MACTAGGART, J.E. (1968): "Hegel's Theory of Punishment", en: Feinberg, J. (comp.), *Reason and Responsibility*, Belmont, 1968, pp. 320-330.
- MARINO, L. (1977): "Violenza e diritto in Hegel", en: *Rivista di Filosofia*, N° 7-8-9, Torino (octubre 1977) pp.205-233.
- MITIAS, M. H. (1978): "Another look at Hegel's Concept of Punishment", en: *Hegel-Studien*, vol.13, Bonn, 1978, pp.175-185.
- MONTESQUIEU (EL): *De l'esprit des lois*, 2 vol., Paris, 1979.
- NINO, C. (1989): *Ética y derechos humanos*, Buenos Aires, 1989.
- NOZICK, R. (1974): *Anarchy, State and Utopia*, New York, 1974.
- PRIMORATZ, I. (1986): *Banquos Geist*. Hegels Theorie der Strafe, en: *Hegel-Studien/ Beiheft* 29, Bonn, 1986.
- ROUSSEAU, J.-J. (CS): *Du contrat social*, edición P. Burgelin, Paris, 1992.
- ROXIN, C. (1973): *Strafrechtliche Grundprobleme*, Köln, 1973.
- SCHILD, W. (1979): "Die Aktualität des Hegelschen Strafbegriffes" en: Heintel, E. (Hrsg.), *Philosophische Elemente der Tradition des politischen Denkens*, Wien-München, 1979, pp. 199-233.
- SEELMANN, R. (1995): *Anerkennungsverlust und Selbstbehauptung. Hegels Straftheorie*. Freiburg/ München, 1995.
- SIEP, L. (1979): *Anerkennung als Prinzip der praktischen Philosophie*, Freiburg/ München, 1979.
- STILLMAN, P.G. (1976): "Hegel's Idea of Punishment", en: *Journal of the History of*

Philosophy, vol. XIV, N° 2 (april 1976).

WESTPHAL, K. (1993): "The basic context and structure of Hegel's Philosophy of Right", en: Beiser, F. C. (comp.), *The Cambridge Companion to Hegel*, Cambridge, 1993. pp. 234-269.

ZIFFER, P. (1996): *Lineamientos de la determinación de la pena*, Buenos Aires, 1996.

Esteban Mizrahi
Departamento de Humanidades y Ciencias Sociales
Universidad Nacional de La Matanza
Av. Florencio Varela 1903
(1754) San Justo
Pcia. Buenos Aires - Argentina
emizrahi@unlm.edu.ar